



El Derecho de la Publicidad y sus garantías: la protección de la infancia y la juventud*

1. El planteamiento constitucional

En nuestro Ordenamiento jurídico, la protección de la juventud en el ámbito del ejercicio de los derechos y libertades de la información se ha constitucionalizado a través del art. 20. 1. 4, que impone como límite a las libertades reconocidas en los diferentes apartados del mismo art. 20, “especialmente”, el derecho a la protección de la juventud y de la infancia.

El Anteproyecto de la Constitución no contenía el derecho a la protección a la infancia y a la juventud; el apartado 6 se configuraba con la exclusión de este elemento y afirmaba: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”.

En los votos particulares presentados al Anteproyecto no surge la regulación de este derecho, pero en las enmiendas al Anteproyecto debemos situar el origen de la inclusión del mencionado derecho a la protección a la juventud y a la infancia en nuestro Ordenamiento. El apartado 6 es objeto de dos enmiendas. La primera, a cargo de D. Gonzalo Fernández de la Mora, no afecta a la materia que analizamos:

* Este artículo se presentó como comunicación en las VI Jornadas Internacionales de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra, celebradas en noviembre de 1991.

se trataba de completar el apartado 6 mediante la introducción del “derecho a la verdad” como límite a los derechos y libertades del, por aquel entonces, borrador del art. 20¹.

La segunda enmienda presentada al mencionado apartado proviene del grupo parlamentario de Unión del Centro Democrático y proponía como regulación del apartado 6 la siguiente: “Estas libertades tienen su límite en los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y en aquellas disposiciones legislativas destinadas a la protección de la juventud y de la infancia”.

En el informe de la Ponencia designada para estudiar las enmiendas al Anteproyecto de Constitución se modifica la redacción de este apartado, que pasa a ser el número 4, con la inclusión de la modificación propuesta por el grupo ucedista: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y a la infancia”.

El Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución mantiene el apartado 4, aunque debido a un cambio en la numeración del articulado pertenece en ese momento, junto con el resto de la regulación de la libertad de expresión, al art 19.

Será en el trámite de elaboración constitucional que se desarrolla en el Senado cuando el derecho que analizamos sufra los embates de las enmiendas allí presentadas al texto del proyecto de Constitución aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados. Nuestro apartado 4 recibe siete enmiendas que podemos revisar sistemáticamente de la siguiente manera.

Un primer grupo de enmiendas dirige sus intenciones a la supresión del apartado cuarto. La enmienda presentada por “Progresistas y Socialistas Independientes” proponía la supresión del mencionado apartado dado que incurre en la reiteración de otros preceptos constitucionales contenidos en el mismo Título. Con el mismo objetivo aparece la enmienda presentada por D. Camilo José Cela y Trulock.

El grupo Parlamentario Agrupación Independiente enmienda el apartado y propone suprimir la parte del mismo que detalla los límites que actúan específicamente: “y especialmente en el derecho al honor (...) y a la protección de la juventud y de la infancia”; y deja intacta la pri-

¹ Constitución española. Trabajos Parlamentarios, Madrid, Cortes Generales. Servicio de estudios y Publicaciones, 1980, Vol. I, p. 162.



mera parte del apartado. El grupo Socialista del Senado se orienta en el mismo sentido reductor y enmienda con la finalidad de condensar el apartado cuarto en el siguiente texto: "El ejercicio de estas libertades puede ser limitado por la ley para proteger otros derechos reconocidos en este Título". Con ello desaparecería toda referencia específica a la protección de la infancia y de la juventud.

Junto a estas enmiendas nace, también desde el Senado, un segundo grupo que, en sentido contrario, no sólo no propugna reducir o eliminar el apartado cuarto, sino que enfoca la modificación hacia una ampliación del contenido del mismo.

La enmienda de D. Isaías Zarazaga Burillo, senador por Zaragoza del Partido Aragonés Regionalista y miembro del grupo Parlamentario Mixto, pretendía completar los límites del apartado con el referido al derecho a la salud y seguridad de los ciudadanos, "como limitación a algunas acciones (creación científica a través de especiales métodos de investigación en física y biología, por ejemplo) que pudieran provocar algunas situaciones no deseables"². Además proponía la consideración de "derechos", en vez de "libertades", para referirse a las facultades y acciones que se limitan en el apartado cuarto.

La enmienda más importante, por su implicación en el tema que tratamos, se presenta por D. José María Suárez Núñez, senador perteneciente al grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático y que trataba de completar el apartado, a través de la introducción de la siguiente redacción del mismo: "la protección de la juventud y de la infancia en su doble aspecto físico y moral"³; el objetivo era asegurar "de manera fehaciente los peligros que acechan a la juventud actual, que no sólo son de naturaleza moral (pornografía, erotismo, aberraciones sexuales), sino también de naturaleza física, deterioro de la salud (drogas, alcoholismo, estupefacientes, etc.)"⁴.

Tras el dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, que mantiene el derecho a la protección de la juventud y de la infancia en los términos con que había sido elaborado en el Congreso de los Diputados, el apartado 4 del art. 20 se somete a tres votos particulares emanados del grupo Parlamentario Agrupación Independiente, el grupo Parlamentario Socialista del Senado y de D. Isaías Zarazaga Burillo, en los mismos términos que ya hemos comentado. Enmiendas que no lograrán su finalidad y que dejan el apartado 4 del art. 20 con la misma

² Constitución española. Trabajos Parlamentarios, op. cit., Vol. III, pp. 2780 y 2781.

³ Constitución española. Trabajos Parlamentarios, op. cit., Vol. III, p. 2950.

⁴ Ibid., p. 2950.

redacción con la que había salido del Congreso de los Diputados y que pasará a ser la actualmente vigente.

2. El desarrollo normativo

2.1. La Ley General de Publicidad y el Estatuto de la Radio y la Televisión

El derecho a la protección a la infancia y a la juventud como límite a los derechos/libertades contenidos en el art. 20 de nuestra Constitución ha visto recogido su espíritu en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico desde diferentes perspectivas.

La principal, por su densidad e importancia, es la que corresponde a la nueva regulación del Derecho de la Publicidad. El art. 3 de la Ley 34/88 de 11 de noviembre, Ley General de Publicidad, considera publicidad ilícita a “aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”. Esta redacción que, en el proyecto de ley del Gobierno, sólo refería de forma más laxa como ilícita, la “que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”, mantiene un lejano parentesco con el art. 7 del antiguo Estatuto de la Publicidad de 1964. Allí se establecía que: “no será lícita la publicidad que por su fin, por su objeto o por su forma, ofenda las instituciones fundamentales de la nación, lesione los derechos de la personalidad, atente al buen gusto o al decoro social o sea contraria a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”. Concepto que encontramos, estrictamente transcrito, en otras normas de la época, como el art. 3 del Decreto 917/1967 de 20 de abril de Normas para la Publicidad Exterior.

Muy relacionado con la protección de la infancia y, en este caso, más que de la infancia, la juventud, hemos de conectar todo lo enunciado por el art. 3.a de la Ley de Publicidad con la regulación que en la misma se realiza de la publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas. El Art 8.5 establece: “Se prohíbe la publicidad de tabacos, y la de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de la televisión”. Con ello nuestra regulación se pone en vanguardia de las legislaciones europeas, aunque el espíritu del art. 8.5 es permanentemente violado en los medios televisivos de nuestro país, tanto públicos como privados, a través de tres mecanismos fundamentalmente: la publicidad estática en retransmisiones deportivas; el patro-



cinio de actividades deportivas y, por último, al dar el nombre de marcas de tabaco o de bebidas alcohólicas a otros tipos de productos, e incluso instituciones, que pueden acceder sin ninguna traba legal al mercado publicitario.

En la normativa que regula las televisiones públicas hallamos, de nuevo, referencias a la publicidad y su incidencia en el público infantil y juvenil. El Estatuto de la Radio y la Televisión, contenido en la Ley 4/80 de 10 de enero, establece en su artículo 4, como principio de “la actividad de los medios de comunicación social del Estado (...): e) la protección de la juventud y de la infancia”. Ciertamente, el espíritu del artículo dirige su mirada hacia toda la programación televisiva, en donde esa protección ha de cobrar virtualidad, pero qué duda cabe que la publicidad es un territorio de especial importancia.

2.2. Las normas de admisión de publicidad en los entes públicos de radiotelevisión

Prueba de todo lo que afirmamos es el contenido de la Resolución de 17 de abril de 1990 —de la Dirección General de Medios de Comunicación Social— por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad, aprobadas por el Consejo de Administración del Ente Público Radiotelevisión Española. Esta norma recoge el contenido exacto del art. 16 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 1989. La Resolución no incorpora el resto de parámetros generales que la Directiva enuncia sobre el binomio publicidad/protección de la infancia y la juventud: no olvidemos que en el preámbulo de la norma se especifica que la incorporación de la Directiva es sólo parcial, a la espera de las normas estatales que se dicten para el cumplimiento en España de aquélla.

Las normas de 1990 tienen su antecedente en las respectivas normas de admisión de 1984 y 1988⁵. Notamos un progresivo aumento de la parquedad en algunos de los elementos regulados por estas normas. Así, falta en las regulaciones de 1988 y 1990 la declaración general de la norma 23 de 1984, que afirmaba: “Los anuncios dirigidos a los niños deberán inspirar la acción creadora despertando y fomentando sentimientos estéticos y de sociabilidad, así como interesar al niño por el mundo que le rodea”. Lo mismo sucede con el principio de no dis-

⁵ Contenidas, respectivamente, en las Resoluciones de la Dirección General de Medios de Comunicación Social de 31 de enero de 1984 y 10 de mayo de 1988.

criminación por razón de sexo: "No se admitirán anuncios en donde los niños aparezcan discriminados por razón de su sexo, representando papeles de sumisión o pasividad respecto al sexo contrario o cualquier otro papel degradante para la condición infantil" (norma 28 de 1984).

La regulación de 1984 ofrecía, asimismo, una prohibición de todos los anuncios "que contengan algún llamamiento a los niños sugiriendo, sea cual fuere la forma, que si éstos no compran o estimulan a otra persona a comprar, dejarán de cumplir con algún deber o quedarán frustrados. Tampoco se permitirán los anuncios que induzcan a creer a los niños que si carecen del producto anunciado serán de algún modo inferiores a otros. Ningún anuncio deberá hacer creer al niño que su felicidad derivará necesariamente de la posesión del juguete" (norma 26 de 1984).

Esta prohibición se sustituye en las normas de 1988 por la no explotación de la inexperiencia o credulidad de los niños (norma 25. 1), a lo que se añade en 1990 la no incitación a la persuasión de los padres o terceros con objeto de obtener la compra de un producto (norma 13. a).

En las normas de 1984 y 1988 se establecía la prohibición de provocar, por reacción contraria, el uso y consumo de determinados productos al mencionar "que los niños no tienen la madurez suficiente para consumir esos productos" (norma 29), principio que desaparece en 1990. Lo mismo sucede con la protección frente a la forzada influencia de los personajes populares en el mundo infantil por la que se prohibía —en los anuncios dirigidos a los niños— la presencia como actores de las personas que "actúen habitualmente en programas de televisión, o personajes de series de dibujos animados familiares para ellos, así como tampoco la voz o imagen de personajes tradicionales y héroes imaginarios" (norma 27 de 1984 y, en parecidos términos, la norma 26 de 1988).

Pero lo ciertamente paradójico es que las normas de admisión de publicidad de 1984 contengan principios que coincidirán también en el articulado de la Directiva de la Comunidad de 1989, y que éstos desaparezcan en las normas de 1990, aún cuando en su preámbulo se explique, como hemos destacado, "la espera" de las normas estatales de desarrollo de la Directiva. Como ejemplo, la norma 24 que afirmaba que "los anuncios no contendrán afirmaciones o imágenes que puedan resultar al niño nocivas, mental, moral o físicamente", que aparece en el art. 16 de la Directiva de 3 octubre de 1989, pero que se obvia en las normas de admisión de publicidad de 1990. Las normas de 1988 y 1990 refieren la no presentación de menores en situaciones susceptibles de



inspirar actitudes violentas, injustas, insolidarias o antipedagógicas (norma 25 de 1988 y 13.c de 1990).

Junto a los criterios generales de protección a la infancia, la Resolución de 17 de abril de 1990 señala, como también lo hacían sus antecesoras de 1984 y 1988, la especialidad de la publicidad de juguetes. La norma 14 de 1990 especifica: "Se aplicarán a la publicidad de juguetes las siguientes reglas:

a) Se rechazará la relativa a juguetes que impliquen exaltación de belicismo o la violencia o que sean reproducción de armas. Asimismo de los que utilicen medios que puedan resultar peligrosos para los niños.

b) Caso de que en el anuncio se realice una exhibición de juguetes de construcción, modelaje, pintura y similares, no se exagerarán las facilidades de su ejecución.

c) En las demostraciones de usos de los juguetes quedará muy claro si se accionan de manera manual o mecánica, evitando a los niños cualquier confusión derivada de los efectos de animación de los anuncios.

d) No se suscitará confusión entre los elementos que se venden con el juguete o separadamente del mismo.

e) Cuando los juguetes están destinados a edades específicas se expresará esta circunstancia con toda claridad.

f) Los juguetes deberán presentarse en el anuncio de modo que produzcan una impresión real de su tamaño.

g) Los anunciantes acreditarán que los juguetes objeto del anuncio cumplen las normas establecidas sobre inocuidad".

La regulación vuelve a aparecer diferenciada entre las tres normas de admisión. El problema de la objetividad de la imagen que se transmite del juguete se ciñe en la normativa de 1984 a garantizar una idea "real" del mismo. Implica ello que el anuncio "no provocará confusión en el niño entre el juguete y el mundo real, por lo que se evitarán las imágenes y los ruidos o sonidos que no correspondan con el funcionamiento del juguete. A tal modo, se utilizarán términos de comparación con objetos normalmente familiares al público infantil. En la presentación debe evitarse cualquier exageración u omisión en las imágenes, sonidos o textos" (norma 33). Como fruto de los avances en la creación publicitaria, todo esto encuentra su traducción en los intentos de evitar los efectos de la confusión derivada de la animación en los anuncios, tal como se refleja en las normas de 1988 y 1990. En el mismo sentido de limitar la perniciosa influencia de una escenografía forzada se obliga-

ba a que la presentación de los juguetes fuera similar a la que tuvieran en el comercio (norma 35 de 1984).

Por último, tanto las normas de 1984 y 1988, como la de 1990, regulan la intervención de los niños en los anuncios. La norma 15 de la Resolución de 1990 establece: "Los niños no pueden ser los actores principales de un anuncio, salvo en productos dedicados exclusiva o preferentemente a la infancia o de los que ésta sea beneficiaria, o que se refieran a salud, higiene, ropa, literatura, alimentación, elementos deportivos, juegos educativos y juguetes infantiles. Los niños actuarán y hablarán con naturalidad y no emitirán juicios o valoraciones impropias de su edad".

Las normas de 1984 no contemplan este último inciso; en cambio sí que hacían algunas referencias ahora desaparecidas: "Los niños que intervengan en los anuncios no presentarán un comportamiento contrario al civismo. Al dirigirse a personas mayores, no lo harán de forma imperativa para que adquieran un producto o servicio. Si la situación de su intervención requiere exteriores, calles u otros lugares de tránsito, deberán cumplirse en la escenificación del anuncio las normas establecidas por el Código de Circulación" (norma 36).

Desaparece también en 1990 la obligación de hacer constar el precio del juguete cuando supera las 5.000 pesetas (norma 35 de 1984 y 28 de 1988).

La regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas en las normas de admisión de publicidad de 1990 especifica que, además de someterse al régimen de limitaciones y prohibiciones establecido en la legislación vigente: "No estará dirigida específicamente a los menores ni, en particular, presentar a menores como protagonistas o consumiendo dichas bebidas".

Recordemos que las Normas de admisión de publicidad en el Ente Público de RTVE de 1984 establecían que: "Los anuncios de bebidas alcohólicas, tabacos y accesorios del fumador no podrán ser emitidos antes de las veintiuna treinta horas".

Por todo ello, consideramos que tanto a la hora de regular las normas generales de protección, como al regular la publicidad de juguetes y la participación de los niños en los anuncios publicitarios, las normas de admisión de anuncios en el Ente Público RTVE de 1984, y en menor medida las de 1988, contienen matices que se condensan en las normas de 1990 con un rigor que les priva de la riqueza anterior, hasta el punto de que las primeras recogen con anticipación y más intensidad parte del espíritu de la Directiva del Consejo de 3 de octubre de 1989.



La regulación de las televisiones autonómicas contiene también apartados dedicados a la protección de la infancia y la juventud. Nos detendremos en el ejemplo vasco y el catalán.

La Ley 5/82 de 20 de mayo de Creación del Ente Público "Radio Televisión Vasca" impone como principio de la actividad de los medios de comunicación social cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma: "La protección y promoción de la juventud y de la infancia" (art. 3.g). El mensaje publicitario vuelve a cobrar un vital protagonismo en el ámbito de defensa del joven y del menor. Las Normas reguladoras de la emisión de publicidad en los medios de difusión de EITB-RTVV aprobadas por el Consejo de Administración de EITB-RTVV el 13 de septiembre 1983 imponen, como principio general, "la protección de la infancia y la juventud de las emisiones publicitarias que sean difundidas por sus medios de comunicación. No incluirá ninguna afirmación o imagen que pueda dañar a los niños física, mental o moralmente, o bien explotar su ingenuidad o su falta de experiencia. Velará para que la publicidad infantil inspire la acción creadora despertando y fomentando en los niños sentimientos estéticos y de sociabilidad" (norma 1.5).

Además se regulan innovadoras propuestas como la prohibición de que los niños aparezcan en los anuncios utilizados como demandantes o reclamos publicitarios de productos específicamente de adultos (art. 2.3.1).

Respecto a la publicidad de juguetes, la norma vasca puntualiza y destaca la presentación de los mismos que ha de ser similar a la de su existencia real, respetando la representación del tamaño real y clasificando el tipo de accionamiento: manual, mecánico o eléctrico (art. 2.3.2). Aquí, como en la recomendación de indicar la edad a la que están destinados los juguetes, coincidiría con la norma paralela del Ente Público RTVE; cosa que no sucede en la recomendación que introduce el art. 2.3.2 de la norma vasca, al solicitar a los anunciantes de juguetes infantiles que incluyan el precio en sus mensajes publicitarios, "bien concretamente, bien mediante la expresión 'alrededor de', en cuyo caso la oscilación no será superior a 5%". La norma de admisión de publicidad vasca prohíbe la publicidad de juguetes bélicos o violentos (art. 3.1.c).

En el ámbito de la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabaco quedan prohibidas la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados y la de los tabacos, "exceptuada la publicidad meramente informativa de la aparición de nuevos productos que por su

bajo contenido en alquitrán o nicotina o bien otras características supongan un menor riesgo para la salud” (art. 3.1 a y b).

La “Ley de 30 de mayo de 1983, de creación del Ente Público ‘Corporación Catalana de Radio y Televisión’ y de regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalidad de Cataluña” establece como principio inspirador de la programación, “el respeto y la especial atención a la juventud y a la infancia” (art 14.f). La regulación y control de la publicidad en el Ente Público catalán es, de nuevo, un terreno en el que estos principios encuentran un amplio eco: las normas reguladoras de la emisión de publicidad en los medios de difusión CC/RTV aprobadas por el Consejo de Administración de CC/RTV el 16 de enero de 1984, contienen una regulación de las características de los anuncios dirigidos a los niños, coincidente en gran parte con su inmediata antecesora, la norma vasca de admisión, y la norma del Ente público RTVE ya revisadas.

Aunque las leyes de creación de los diferentes entes de radiotelevisión autonómicos regulan el principio de la protección de la infancia y de la juventud como principio general que ha de presidir toda la programación, esto tan sólo expande su entramado normativo en el terreno de la publicidad. Creemos básico que el principio se normativice —sin dejar de lado el fundamental territorio de la publicidad— en otros ámbitos de la programación. El tema de la violencia es un ejemplo que goza día a día de un mayor protagonismo en nuestra sociedad: son muchos los ecos que se perciben sobre el carácter violento de determinadas series de dibujos animados.

Es decir, el derecho a la protección de la infancia y de la juventud debe trasladarse desde los contornos del mensaje publicitario, articulado en prohibiciones, e incrustar sus principios en aquellos ámbitos de la programación en los que puede actuar en el plano positivo del fomento de una programación auténticamente educativa. Con ello se recobraría el espíritu de aquellos artículos de las leyes que regulan la creación de los diferentes Entes de radiotelevisión, tanto nacionales como autonómicos, en donde se instaura como principio general de la programación la defensa y protección del público más joven.

Fuera del ámbito del mensaje radiotelevisado, aun cuando dentro de los márgenes de la actividad publicitaria, referiremos, por último, el “Real Decreto 2330/1985, de 6 de noviembre, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, útiles de uso infantil y artículos de broma”; norma que dirige sus objetivos a preservar a los niños de los peligros que podría acarrear el no cumplimiento, por los fabri-



cantes de juguetes, útiles de colegio y artículos de broma de las normas específicas que garantizan la seguridad de su uso.

El art. 5 de la mencionada norma afirma: "Los mensajes publicitarios y cualquier información sobre juguetes no debe inducir a error sobre las características y garantías de seguridad de los mismos, ni sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producirse daño". El artículo transmite de manera clara y rotunda la total transparencia que debe presidir el mensaje publicitario sobre juguetes, dada la alta permeabilidad del receptor del mismo. En este sentido conecta y reafirma los principios analizados para la publicidad de juguetes en las radiotelevisiones de carácter público.